

Concepts juridiques et inventivité des juristes au service d'un modèle social ambitieux

Jacques Barthélémy

Avocat – conseil en droit social

Ancien professeur associé à l'Université de Montpellier

Fondateur en 1965 du Cabinet Barthélémy

Avertissement

Comme vous nous y avez invité lors de la réunion du 6 novembre, vous trouverez ci-joint une note destinée à rassembler ce que j'ai exprimé verbalement et d'autres que ni le temps ni les circonstances m'ont permis de formuler. Surtout – contrairement aux interventions successives sur des points particuliers – ma note d'ensemble, construite à partir d'une idée directrice, favorise un contenu plus fort.

Étant juriste, c'est à partir du droit que j'ai conçu ma contribution. Mais, afin d'éviter tout contresens, en particulier venant d'économistes et de sociologues, je vous précise que je suis imprégné des vertus de la théorie fonctionnelle du droit, vivant de ce fait le droit social à partir d'une approche organisationnelle en fonction de l'idée que le droit n'est pas une fin en soi mais un moyen au service de finalités potentiellement autres. De ce fait, je récuse que ses fonctions sont seulement de mettre en forme des stratégies et des idées arrêtées sans son concours et encore moins que la construction du droit soit le domaine réservé au législateur.

Introduction

1/ Le modèle social français, on s'y réfère souvent, en forme d'incantations et quelles que soient ses orientations politiques ou philosophiques. En fait, nul n'a songé à vraiment le définir ; les critères que l'on met en évidence pour attester de

son existence, d'autres Nations s'en servent aussi pour illustrer l'identité du leur. À tout le moins en matière de retraite met-on en première ligne la répartition ; mais dans la quasi-totalité des Etats de l'Union européenne, les régimes légaux fonctionnent en répartition. Par ailleurs – et parce qu'on veut, c'est louable et légitime, donner de la force à l'Europe - on s'efforce également de parler et de vanter le modèle social européen, qui n'est pas davantage cerné, notamment par différences avec d'autres et de surcroît nul ne songe à s'intéresser vraiment – ce serait pourtant instructif – aux différences avec le modèle social français.

Voilà pourquoi il m'apparaît que, dans un premier temps, un peu d'histoire est nécessaire pour marquer les étapes d'une construction mais aussi pour mettre en évidence un réel continuum dans l'évolution (I). Ensuite il est nécessaire, par souci de rigueur, de mettre en évidence que le droit social se nourrit de la conjonction des droits du travail, de la sécurité sociale, de la protection sociale, de l'action sociale. De ce fait, le cloisonnement des disciplines est préjudiciable à la science, d'autant plus que, en matière de protection sociale, on s'intéresse beaucoup plus aux liaisons entre fiscal et sécurité sociale, y compris pour identifier leurs domaines respectifs (II). Enfin et si on entend être prospectif, il est indispensable d'investir le concept de garantie sociale qui permet de dépasser l'approche assurantielle grâce en particulier à la prise en compte de la solidarité, mais aussi est vectrice de démocratie sociale (III).

2/ En préambule de ces trois sujets d'études, il me paraît indispensable, parce que cela est de nature à les relier dans une réflexion prospective, de mettre en exergue le rôle de l'Europe, qu'il s'agisse au demeurant de la grande Europe, celle couverte par la conv. EDH, ou de l'Union européenne. Il est assez stupéfiant que très majoritairement les Français s'affirment très favorables à l'idée de la construction de l'Europe et qu'en même temps ils en ignorent l'essentiel, voire en méprisent souverainement les règles. Le social n'échappe pas à ce constat qui devrait inciter à une thèse de sociologie juridique.

Les pensées et les propositions, en matière de politiques sociales, sont fondées, en France, sur l'opposition entre ce qui relève de la compétence de l'État – entendu ici y compris les collectivités locales – et ce qui ressort d'initiatives privées, quels qu'en soient les auteurs. Cela tient à la fois au poids de la sécurité sociale et sans doute au jacobinisme qui conditionnent notre vie démocratique. La construction européenne n'est pas conçue sur la base d'un tel classement. Par exemple serait considérée comme haïssable l'affirmation que le SMIC est une institution inégalitaire. Pourtant à Saint-Denis (donc à Paris) on vit 15 jours par mois sur le revenu se limitant à un tel salaire tandis que à Saint-Flour (dans le Cantal) on épargne. C'est qu'on ne tient pas compte, bien qu'on le sache parfaitement, des différentiels colossaux entre pouvoirs d'achats liés au logement et à la nourriture.

À partir de droits fondamentaux résultant soit du Traité de Fonctionnement de l'Union Européenne soit de chartes, ici celle des droits sociaux fondamentaux de 1989 et celle des droits fondamentaux de l'Union européenne de 2000, complétées par des directives permettant de décliner ces droits fondamentaux pour en faire des principes en passant du droit subjectif au droit objectif, se construit le droit communautaire, spécialement au travers de la création prétorienne de la Cour de Justice de l'Union Européenne (CJUE ex-CJCE), sur le fondement d'autres classifications que celles de notre droit interne. Tout particulièrement les mêmes notions peuvent avoir un contenu et des effets différents suivant qu'on les sollicite pour concrétiser tel ou tel de ces droits fondamentaux.

En matière de protection sociale ce n'est pas – pas seulement – l'opposition entre responsabilité de l'État ou des partenaires sociaux qui détermine l'appartenance à telle catégorie. Sans procéder à une démonstration théorique hors de propos ici, on prendra, pour illustrer cette affirmation, comme exemple que le classement de la protection sociale en premier pilier, en deuxième pilier, en troisième pilier ne se fait pas de la même manière suivant qu'on s'intéresse à la libre circulation des

travailleurs, à la qualification de rémunération de l'avantage social ou à celle d'entreprise des organismes gestionnaires. Ainsi la retraite complémentaire obligatoire relève du champ du règlement 1408-71 donc du premier pilier, tout comme l'assurance chômage – alors qu'ils sont d'essence conventionnelle – parce que pour favoriser la libre circulation des travailleurs, on a réduit au maximum les effets, au plan de la sécurité sociale, d'un changement d'état donc de régime social. Voilà pourquoi sont concernés par cette réglementation non seulement les régimes légaux mais aussi ceux conventionnels qui s'y substituent.

Au contraire la retraite Agirc ou Arrco est considéré comme un élément de rémunération pour ce qui se rapporte à la prohibition des discriminations. Voilà pourquoi le droit à pension des conjoints survivants hommes a dû être aligné sur celui des conjoints survivants femmes. Ici pas de différence avec les retraites supplémentaires ou la prévoyance. On est donc dans le deuxième pilier, celui des garanties collectives, l'assurance individuelle, y compris les systèmes collectifs à adhésion facultative dans l'entreprise, matérialisant le troisième pilier. L'arrêt Barber de 1990 avait jeté les bases de cette théorie fondée sur la reconnaissance de la qualification de salaire d'un régime de retraite complémentaire consacrée, s'agissant de l'Agirc, par l'arrêt Podesta.

Enfin, sur le terrain de la concurrence, donc sur le plan économique, un organisme d'assurance pourra relever du premier pilier pour ses activités liées à l'accomplissement de régimes légaux de sécurité sociale parce qu'il n'a aucune autonomie de décision. C'est le fameux arrêt Poucet Pistre de 1993. Mais tout en étant une entreprise au regard du droit de la concurrence, l'assureur désigné par les partenaires sociaux pour gérer un régime de protection sociale ne sera pas en situation de position dominante abusive (article 102 TFUE) si est poursuivi un degré élevé de solidarité nécessitant un pot commun devant être alimenté par toutes les entreprises de la branche, faute de quoi ne pourrait être utilement poursuivie la mission d'intérêt économique général liée à la solidarité et à la prévention. Au

contraire, le Conseil constitutionnel vient de déclarer de telles constructions conventionnelles inconstitutionnelles au nom d'une atteinte disproportionnée à la liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre en invoquant l'article 4 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789 annexée à la Constitution de 1958. Pour la loi française supérieure, les partenaires sociaux ne peuvent donc concevoir ce que l'éminent Paul Durand appelait « convention collective de sécurité sociale », fondée sur la solidarité et pas seulement sur l'assurance. Ce n'est évidemment pas neutre d'autant que la Cour de Cassation avait pu, de son côté, admettre que la solidarité, en conférant une certaine consistance juridique à la collectivité de travail, donnait un but légitime à une atteinte aux droits fondamentaux résultant de la conv. EDH, ainsi proportionnée.

Cette question du conflit de définitions des notions entre le droit français et le droit communautaire ne doit pas rester du domaine de quelques experts spécialistes du droit de l'Union européenne, d'autant que celui-ci n'est pas un droit étranger et qu'il est d'application directe dans les droits nationaux. Il faut donc que ceux qui s'intéressent au social s'en imprègnent pour éviter qu'ils aient la responsabilité de concevoir des normes ou simplement d'appliquer des constructions hasardeuses, porteuses d'insécurité juridique donc de judiciarisation excessive, et pire de ne pas utiliser les matériaux qui permettraient une optimisation des solutions.

I – Histoire et évolution

1/ Cela a été fort judicieusement dit le 6 novembre. Le modèle social français ne se limite pas à la sécurité sociale, même prise au sens large. C'est du reste la raison pour laquelle doit être investi le concept de garantie sociale porteur d'un champ non seulement plus large mais aussi évolutif au vu des mutations du travail. A été évoqué le logement ; très bien. Mais il ne faudrait pas que ce qui n'est qu'un exemple soit appréhendé comme un domaine marquant les limites de l'excroissance

par rapport à la protection sociale. D'autres domaines sont concevables qui touchent aux droits fondamentaux de l'Homme conçus alors comme instruments de leur déclinaison : par exemple le respect de la vie personnelle dans la vie professionnelle devient peu à peu, grâce à la conv. EDH, un droit fondamental qui irrigue le droit du travail tout autant que celui de la sécurité sociale. Tous les avantages susceptibles d'être alloués pour en favoriser l'expression peuvent être intégrés dans le champ du modèle social. Autre exemple : ce qui se rapporte à la déclinaison du principe d'égalité de traitement qui transcende, grâce à la jurisprudence, le dispositif légal d'égalité homme-femme, doublement d'ailleurs car l'étendant au-delà du salaire à toutes les conditions de travail et au-delà du seul problème de la discrimination entre les sexes. On notera à ce sujet que, dans une démarche de construction du droit par la voie prétorienne, la Cour de Cassation, dont la fonction est pourtant, en France, d'interpréter la loi, crée par elle-même des principes (celui-ci en est un) auxquels elle se réfère ensuite dans des visas.

Mais le modèle social, ce n'est pas seulement des droits d'essence légale ou réglementaire et ou des avantages d'essence conventionnelle au profit de citoyens tout court ou de citoyens-travailleurs, donc liés à une situation particulière, par exemple de pauvreté, de précarité et encore moins seulement la déclinaison de droits et avantages conséquence de la mise en œuvre de la technique assurantielle et/ou de la redistribution de revenus. Ce sont aussi les procédures entourant la construction de ces droits et avantages, spécialement la forme de démocratie mise en œuvre à cet effet. L'octroi de ces droits et avantages par l'intervention du législateur est une chose, par celle des partenaires sociaux en est une autre. Même si d'un point de vue quantitatif les droits et avantages sont similaires, il n'en est pas de même d'un point de vue qualitatif. Il suffit pour s'en convaincre de lire Pierre Laroque qui, commentant l'innovation importante qu'est le passage des assurances sociales à la sécurité sociale, insistait sur l'importance, pour le progrès social, de l'organisation des régimes dans le cadre de la démocratie sociale, c'est-à-dire par l'autogestion par les « travailleurs intéressés » (expression du décret du 8 avril 1946 définissant les modalités d'application de l'article 18 de l'ordonnance de 1945

codifiée ensuite en L4 et donnant naissance au concept d'institution fondée sur le double paritarisme, de conception et de gestion).

2/ C'est au vu de ces considérations qu'il convient de souligner qu'au début l'assurance des risques sociaux (cf. la loi de 1898 sur les accidents du travail) n'était qu'un chapitre de la législation industrielle aux côtés du droit du travail. Les textes ultérieurs sur les retraites ouvrières et paysannes, puis surtout de 1930 et 1935 ayant fortifié les assurances sociales, ont fait prendre à cette discipline de l'autorité et de l'autonomie. Ce n'est toutefois qu'avec l'ordonnance de 1945 que droit du travail et droit de la sécurité sociale se séparent en disciplines totalement indépendantes l'une de l'autre. Deux raisons majeures l'expliquent :

- D'une part le champ du droit de la sécurité sociale est plus vaste que celui du travail puisqu'est organisée la sécurité sociale des travailleurs indépendants. Il n'est pas inutile, pour bien positionner cette évolution dans la perspective d'identifier le modèle social français, de souligner que la volonté de Pierre Laroque était de créer un régime universel au bénéfice des citoyens. Les travailleurs non-salariés (commerçants, industriels, artisans, professions libérales) n'en ont pas voulu estimant qu'étant responsables économiques, il était de leur responsabilité de s'assurer ou pas et comme ils le veulent pour couvrir les risques liés aux aléas de la vie humaine. Ce n'est que plus tard qu'ont été créés le régime de retraite (loi du 17 janvier 1948) puis le régime d'assurance-maladie (1966).

- D'autre part, le concept de sécurité sociale est consanguin de la solidarité et permet donc de dépasser l'approche purement assurantielle. C'est du reste l'intérêt de la solidarité qui est à l'origine du changement d'attitude des organisations de travailleurs indépendants. La solidarité se manifeste pleinement par la technique de répartition même si, contrairement à ce que l'on pense habituellement, le provisionnement des engagements – caractérisant la capitalisation – n'interdit pas

la solidarité. Au demeurant, le droit légal des accidents du travail, bien qu'intégré dans la sécurité sociale, a recours au provisionnement des engagements pour les rentes d'incapacité temporaire et permanente de travail ainsi que de conjoints survivants et d'orphelins. Or la répartition est par essence l'instrument de redistribution de revenus, technique à laquelle a recours aussi le droit fiscal avec aussi comme objectif la protection des plus modestes (pas seulement). De ce fait, le droit de la sécurité sociale emprunte largement au droit public, ce dont atteste que les représentants de la doctrine en matière de sécurité sociale sont souvent des publicistes, comme Messieurs les professeurs Laforre et Borgetto, rédacteurs du précis Dalloz de sécurité sociale.

3/ Les orientations nouvelles nées des évolutions ultérieures peuvent donc être identifiées par deux idées majeures.

- La première c'est l'intervention de plus en plus importante des partenaires sociaux pour à la fois créer de nouvelles protections et améliorer le niveau de celles existantes. Cela a touché d'abord la retraite complémentaire puis l'assurance-chômage, enfin l'assurance formation. En 2013, la généralisation de la couverture santé s'inscrit dans cette démarche et il n'est pas inutile de préciser qu'elle a été initiée par un ANI, tout comme les trois autres. Il est intéressant de souligner que la retraite complémentaire obligatoire s'est construite en utilisant le dispositif du code de la sécurité sociale que Pierre Laroque avait imaginé autour du concept d'institution pour que se développent des conventions collectives de sécurité sociale aux côtés de conventions collectives de travail. Cette conception institutionnelle de la protection sociale complémentaire a été malmenée par la loi EVIN au nom de l'impérialisme du droit de la concurrence. Elle a fait émerger une conception assurantielle qui néanmoins laissait subsister, par une solution légale exceptionnelle, la possibilité de créer des régimes fondés sur la solidarité, ceux-là même qu'au nom de la liberté contractuelle de l'employeur, le Conseil constitutionnel à écartés.

Il est surprenant que l'assurance-chômage ne se soit pas construite par recours à ce concept d'institution, les partenaires sociaux ayant privilégié, dans l'ANI du 31 décembre 1958, la forme juridique d'association loi 1901 pour conférer la personnalité morale aux ASSEDIC. Il n'est pas inutile de souligner ici que Pierre Laroque avait imaginé le régime de sécurité sociale remplaçant les assurances sociales comme un système non seulement universel en termes de citoyens visés, mais aussi conçu autour de l'assurance contre le risque de perte d'emploi. Les politiques, qui manquent toujours de clairvoyance, ont écarté cette solution au motif qu'il n'y avait à l'époque largement le plein-emploi. De même, pourquoi l'organisme mutualisant les contributions destinées au financement d'actions de formation, nées de l'ANI de 1969 et de la loi du 16 juillet 1971 n'est-il pas aussi une institution, d'autant que le FAF (c'est moins vrai pour l'OPCA) est bien, comme les institutions des régimes de retraite complémentaire, une garantie sociale, ce que Monsieur Fontanet, ministre du Travail de l'époque, s'était plu à souligner, précisant à juste raison qu'on met, avec cette mutualisation, en place une gestion préventive du risque d'inemployabilité.

- La seconde, c'est l'élaboration progressive du régime légal. Pierre Laroque marquait l'originalité et l'efficacité sociale de la « Sécu » par le fait qu'elle était gérée par les participants eux-mêmes. Invoquant en particulier l'importance du budget de la sécurité sociale, mais aussi la nécessité d'une solidarité interrégimes et d'uniformisation, l'État a progressivement bridé les partenaires sociaux qui ne jouent aujourd'hui qu'un rôle d'appoint. Depuis la loi Fillon, la « publicisation » de la sécurité sociale s'est accentuée. En témoignent la nature de personnes morales de droit public des caisses nationales ou la nomination du directeur de caisse par acte administratif lui donnant des prérogatives bien plus grandes que celle du président élu. Il ne s'agit pas ici de porter critique à cette évolution mais simplement de constater que la « Sécu » n'est plus la même et qu'elle a tendance à rapprocher la protection sociale de la fiscalité. Ceci n'est évidemment pas neutre.

L'assurance-chômage a subi la même évolution sans que les partenaires sociaux ne s'en émeuvent. Pôle emploi créé sous prétexte de rassembler, par souci d'efficacité, l'ANPE et l'ASSEDIC c'est la mise à l'écart de la démocratie sociale. Et il n'y a pour l'heure que la retraite complémentaire obligatoire qui reste de la seule responsabilité des partenaires sociaux. La fusion inéluctable à moyen terme de l'Agirc et de l'Arrco ne sera-t-elle pas le premier pas vers l'intégration dans le régime général ? D'autant que la retraite complémentaire obligatoire des non-salariés est intégrée depuis l'origine dans le régime de base. Et la généralisation de la couverture complémentaire santé n'est-elle pas le premier pas vers une construction à trois piliers, le panier minimum résultant de l'article L 911-7 du code de la sécurité sociale étant alors destiné à jouer un rôle similaire à celui de l'Arrco ?

La confusion de plus en plus grande, s'agissant de ce qui ressort du deuxième pilier, celui des garanties collectives, entre retraite et épargne n'est-elle pas aussi le signe avant-coureur d'une « assurantualisation » plus nette de la protection sociale complémentaire ? La retraite ayant une vocation sociale suppose sortie obligatoirement en rente et interdiction de rachat des capitaux avant l'échéance. Les possibilités de déblocage anticipé et l'abondement de l'employeur visant à la rapprocher de l'épargne en vue de la retraite remettent en cause cette identité, d'autant qu'une sortie partielle en capital est aussi désormais possible. Il est jusqu'à la participation, conçue initialement comme un dividende de l'apport en capital, qui peu à peu se rapproche d'un classique produit d'épargne, contribuant ainsi à privilégier une approche marché financier sur la vocation sociale.

II - Protection sociale : complémentarité des droits de la sécurité sociale et de travail

Le droit social que nous vivons est né de la civilisation de l'usine. Il s'est forgé sur des modes tayloriens d'organisation du travail et sur le postulat de la qualité de « mineur social » du travailleur salarié. Ceci irrigue à la fois le droit du travail et celui de la sécurité sociale. En atteste que la définition de la subordination juridique, critère identitaire du salarié (la seule volonté des parties est impuissante à qualifier le contrat liant un travailleur et un donneur d'ordres en raison de la suspicion à l'égard du consentement) est la même, pour la Cour de Cassation, dans les deux disciplines.

Les mutations profondes du travail héritées des effets des progrès des TIC sur l'organisation du travail et plus largement sur l'agencement des activités économiques font que les normes héritées de cette conception du droit social ne sont plus en harmonie avec la réalité du monde économique. Il en résulte des dérives technocratiques dans la déclinaison du droit social que l'on vit comme une fin en soi et pas comme un moyen au service de finalités autres. Ces dérives ont des effets dévastateurs en étant le catalyseur d'une judiciarisation excessive qui a un impact négatif sur le dynamisme des dirigeants et l'esprit d'entreprise, ce qui freine le développement économique. Cf. à ce sujet les effets de seuils qu'on aurait tort de considérer comme relevant de la fiction. Mais aussi en nuisant à la nécessaire conciliation, au nom de l'emploi, de l'efficacité économique et de la protection du travailleur.

Le droit nouveau en phase avec la civilisation du savoir qui se dessine doit être plus celui de l'activité professionnelle que celui du travail, ceci en relation avec le droit de l'activité économique qui supplante peu à peu celui de l'entreprise. Pour y parvenir, il faut réunifier les droits du travail et de la sécurité sociale en mettant un terme à l'opposition entre salarié et indépendant assorti d'une différence de protection conçue de manière manichéenne, au profit du premier. Le droit de l'activité professionnelle ne peut que se caractériser par le fait qu'il concerne tous les travailleurs, du plus subordonné au totalement indépendant, les différences de

protection, donc de statut, ne se concrétisant pas par l'appartenance à une catégorie mais par le degré d'autonomie, donc de responsabilité. Au demeurant, le classement en deux catégories et la construction d'un arsenal protecteur pour seulement les travailleurs appartenant à l'une d'elles est à l'origine de deux effets pervers : la surprotection de ceux des travailleurs salariés en ayant le moins besoin, c'est à dire ceux dont l'indépendance technique et(ou) le degré élevé de solidarité autorise que le contrat avec le donneur d'ordres soit équilibré, donc fasse seul la loi des parties, et qui bénéficient en plus du filet protecteur du droit du travail conçu pour l'ouvrier. En même temps le traitement en « Bourgeois de Calais » des travailleurs n'étant pas en état de subordination juridique (donc n'étant pas salariés) mais dont l'état de dépendance économique à l'égard d'un donneur d'ordres vicie aussi le consentement, à tout le moins matérialise une partie faible justifiant une protection.

Apporter une réponse positive, par l'instauration d'un droit de l'activité professionnelle, à ces deux effets pervers via des fondamentaux d'un droit du travail conçu pour la civilisation de l'usine, c'est développer l'emploi, faire reculer la précarité par le développement de l'activité économique. C'est donc apporter des solutions à la prévention autres que l'assistanat, dont le champ peut alors être conçu strictement et à tout le moins réduit.

La réunification des droits du travail et de la sécurité sociale passe d'abord par une harmonisation de la protection sociale des salariés et des indépendants. Elle est effective, quoi qu'on en pense, au niveau des régimes de base. Les seules différences tiennent à l'assurance des accidents du travail et à celle de la perte d'emploi subie. S'agissant de la seconde, la raison se trouve dans le fait que le régime d'indemnisation du chômage est d'origine conventionnelle, les partenaires sociaux ne pouvant viser que les titulaires d'un contrat de travail ; on ne peut alors que regretter la mise au placard, en 1945, de l'idée de Pierre Laroque de construire la sécurité sociale autour de l'assurance chômage. A noter toutefois la mise en

place, dans la loi de 1994 sur l'entreprise individuelle et sur proposition de l'avis du Conseil économique et social de 1993 (dont j'ai été le rapporteur), des groupements Madelin permettant d'apporter aux TNS des revenus de substitution à ceux d'activité en cas de perte d'emploi subie.

S'agissant de la première, elle est le résultat de la responsabilité de l'employeur en matière de protection de la santé, d'autant plus grande que, du fait de la jurisprudence, il est tenu à une obligation générale de sécurité de résultats et pas seulement de moyens, ce qui accroît singulièrement le risque de faute inexcusable de sa part. Mais justement, si l'on prenait en compte que le déséquilibre contractuel peut aussi venir de la dépendance économique, on serait conduit à appliquer l'assurance accidents du travail aux sous-traitants, franchisés, mandataires et autres membres de réseaux. Un effort d'harmonisation a été fait dans le domaine du deuxième pilier de la protection sociale dès lors que, par la loi Madelin de 1994, on a étendu (toujours sur proposition du Conseil économique et social) aux TNS le bénéfice de la règle de neutralité fiscale sous plafond des contributions alimentant des garanties collectives de prévoyance, de retraite supplémentaire (Article 154 bis du code général des impôts).

Le droit de la protection sociale complémentaire peut être le vecteur principal, le catalyseur même de cette réunification car il est, comme celui du travail, un droit du contrat alors que la sécurité sociale légale est d'essence plus publiciste car s'appuyant sur la technique de redistribution. Ce ne sera toutefois pleinement possible que si peut aussi se déployer, au-delà d'une approche purement assurantielle, une politique sociale fondée sur la solidarité et la prévention. À cet égard, la décision du Conseil constitutionnel du 13 juin 2013 déclarant inconstitutionnelle la clause de désignation d'un assureur unique pour toutes les entreprises de branche au motif d'une atteinte disproportionnée à leur liberté contractuelle et à la liberté d'entreprendre porte un coup sérieux à la possible construction d'une sécurité sociale de nature conventionnelle fondée sur la solidarité

en raison de sa consanguinité avec le concept de sécurité sociale dès lors que, à défaut de pouvoir créer un « pot commun » (expression que Jean-Jacques Dupeyroux) alimenté par les contributions de toutes les entreprises sur lequel les travailleurs ont « un droit de tirage » (expression de Alain Supiot) ne peut être concrètement mis en œuvre le degré élevé de solidarité caractérisant une mission d'intérêt économique général. Au contraire, pour la CJUE la solidarité écarte toute abusivité de l'éventuelle position dominante conférée ainsi à l'assureur désigné par les partenaires sociaux. Bref la Constitution française privilégie l'approche assurantielle sur l'approche protection sociale, de surcroît en se référant à l'article 4 de la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789. Cela mérite réflexion.

Les réflexions sur ce qui doit relever de la solidarité nationale, donc de l'impôt et de la solidarité professionnelle, donc de la sécurité sociale et de la négociation collective, sont certes importantes. Mais s'en tenir là est nécessairement réducteur d'autant que les mutations du travail nées des progrès des TIC permettront de plus en plus de privilégier, dans l'arsenal protecteur du droit social, le citoyen sur le travailleur. Les droits fondamentaux comme celui à la santé, à l'employabilité, à la vie personnelle y invitent fortement. Par ailleurs, il est réducteur d'imaginer que la convention collective soit une institution réservée aux seuls salariés. D'une part elle a vocation à prospérer dès qu'existe une partie faible. Ainsi le statut des agents généraux d'assurance, travailleurs indépendants juridiquement mais dépendants économiquement d'une entreprise, a été fixé par une convention collective. Certes, elle relève ici de règles différentes mais celles-ci n'ont comme objet que de résoudre les deux problèmes majeurs que sont l'application erga omnes et la représentativité de ses acteurs. L'histoire du droit de la convention collective depuis la loi de 1919 jusqu'à celle du 20 août 2008 est conditionnée pour l'essentiel par la résolution de ces deux problèmes.

Par ailleurs, il y a longtemps que, grâce à la créativité des acteurs sociaux, on a dépassé les difficultés posées par le champ réservé aux seuls titulaires d'un contrat de travail. Non seulement une convention collective peut créer des normes permettant des droits au bénéfice d'un outsider et pas seulement d'un insider, mais encore le fait que l'objet est relatif aussi bien aux rapports collectifs qu'aux rapports individuels de travail permet, grâce à sa portée normative, de déborder son champ au-delà des seuls actifs. Les accords de retraite complémentaire obligatoire ou d'assurance-chômage en attestent.

III – Une nécessaire réflexion doctrinale sur le concept de garantie sociale

1/ La protection sociale ne peut qu'évoluer avec les mutations économiques et sociales induites de l'avènement de la civilisation du savoir. Le fondement de cette évolution, c'est le concept de garantie sociale (cf. mon article dans la revue Regards de EN3S de janvier 2013). Ce serait réducteur de la définir par l'assurance de prestations dues par l'employeur. En pareil cas, le contrat est du reste plus de responsabilité civile que de personnes. En atteste par exemple que, pour la jurisprudence, la prime du contrat couvrant ce que l'on a coutume d'appeler la mensualisation n'est pas un salaire et ne subit donc pas les cotisations de sécurité sociale et pas davantage la CSG et la CRDS. La garantie sociale se détermine donc par le fait que l'avantage c'est le fait d'être assuré, donc par la conjonction de la nature et du niveau des prestations avec le montant et la répartition des contributions nécessaires à leur alimentation.

Mais ce n'est pas suffisant. Indépendamment de ces aspects quantitatifs, elle puise son identité dans des aspects qualitatifs, à savoir d'un côté des procédures de conception et de gestion caractérisant la démocratie sociale ; d'un autre côté par le dépassement d'une approche purement assurantielle grâce à la solidarité, à l'action sociale, à la prévention. Bref, le concept de garantie sociale est intimement lié à la

sécurité sociale, entendue ici au sens large, bien au-delà de ce que recouvre la construction légale.

On a pu s'interroger sur la signification du mot « garantie » associé au mot « social ». Déjà, l'adjectif « social » permet de situer le concept dans une perspective, une ambition autre que simplement marchande, même si celle-ci ne doit pas être diabolisée. Au demeurant, la technique assurantielle sert aussi dans la protection sociale et pas seulement dans le monde des contrats d'assurance. En outre l'assurance individuelle contribue, en concrétisant le troisième pilier, à parachever l'édifice de la protection sociale.

Le mot « garantie » pose problème pour deux raisons : d'abord parce que, s'il est recouru à la technique de répartition - instrument souverain, mais pas exclusif, de la solidarité - les prestations ne sont pas garanties, justement en l'absence de provisionnement des capitaux sur lesquels les rentes s'appuient. Dans un régime par répartition, la protection des droits vient du double paritarisme, spécialement de ce que l'évolution des paramètres conditionnant l'avantage est de la seule responsabilité d'un organe paritaire de gestion. Ensuite se pose la question complémentaire : garantie par qui ? La protection du salarié vient, en droit du travail, des obligations faites à l'employeur et des sanctions négatives qui s'attachent à leur non-respect. S'agissant de la protection sociale, la responsabilité du donneur d'ordres s'arrête aux obligations de financement de l'institution en charge du versement des prestations. De ce fait, la garantie vient des organes paritaires en charge de la gestion en complément de celle des partenaires sociaux créant, par accord ou référendum, le régime. C'est donc du double paritarisme, de conception et de gestion, que vient la garantie sociale, sauf si elle est créée par le législateur. En vertu de l'article 34 de la Constitution, celui-ci a la responsabilité (qu'il ne peut déléguer) des principes de la sécurité sociale. Au-delà il a non seulement le choix de confier au pouvoir réglementaire ou aux partenaires sociaux la responsabilité d'en décliner les modalités d'application. Il peut aussi déférer à ces

partenaires sociaux celle de bâtir complètement un régime. C'est précisément ce qu'il a fait en matière de retraite complémentaire obligatoire et c'est ce qui fait l'Agirc et l'Arrco ne relèvent pas, malgré la loi du 29 décembre 1972 de généralisation de la retraite, du bloc de constitutionnalité.

2/ Voilà pourquoi M. Fontanet pouvait affirmer, au moment de la construction de la loi du 16 juillet 1971, que l'assurance formation était une nouvelle garantie sociale comme la retraite complémentaire obligatoire ou l'assurance chômage. La définition du concept esquissé ci-dessus permet la plus grande inventivité quant au contenu. Bien entendu on songe à tout ce qui relève des aléas de la vie humaine, la retraite - parfaitement définie à partir de ces deux critères de sortie en rente et de prohibition de rachat de l'épargne avant l'échéance - et la prévoyance dont le champ est moins précis en raison aussi bien d'une liste longue de domaines dans l'article L. 911-2 du code de la sécurité sociale que de l'adverbe « notamment » y figurant, qui atteste que la liste n'est pas exhaustive. De ce fait, par un fond mutualisée, il est possible de mettre en place des moyens de gérer les conséquences de risques, mais aussi de les prévenir touchant à des droits fondamentaux de l'Homme tels le droit au travail, par essence droit subjectif qui, grâce à une garantie sociale, devient objectif. Ceci peut se décliner par des instruments facilitant la mobilité, la promotion sociale, la compatibilité de la vie familiale et de la vie professionnelle, tout autant que l'aspiration à l'épanouissement par la culture ou le sport.

On a évoqué en séance le 6 novembre le droit au logement. Il peut se combiner avec celui à la mobilité géographique et professionnelle par des aides sous forme de cautions et aussi de prise en charge des avances de loyers ou encore de participation au coût de l'achat, permettant le maintien et(ou) le changement d'emploi. Dans cette perspective, gagnent à être conjugués le droit de tirage sur un fond avec la suspension (et non la rupture) du contrat de travail avec un employeur jusqu'à la stabilisation de l'emploi avec un autre (suspension rendue possible par la loi de sécurisation de l'emploi en conformité avec le dispositif de l'ANI du 11 janvier

2013). La protection des travailleurs serait améliorée si, pendant cette période, était possible la portabilité des droits de prévoyance, ce qui n'est pas interdit. Dans le même esprit et alors que la question de l'inaptitude est devenue la deuxième cause de recours au CPH, il est possible de réduire fortement, en ce domaine, le risque de contentieux en mariant la procédure prévue par le code du travail - qui peut du reste être améliorée par accord collectif - par des moyens, tirés d'une garantie sociale, de compléter à hauteur de l'ancien salaire les revenus moindres correspondant à l'emploi dans lequel est reclassé l'inapte. C'est ainsi qu'est née IPRIAC, institution de prévoyance permettant le versement d'une rente aux chauffeurs-routiers ayant perdu leur permis poids-lourd pour raison médicale.

Avec un minimum d'inventivité, le champ d'investigation du concept de garantie sociale est sans limites autres que celles nées de la qualification fiscale de revenus professionnels de l'avantage créé par le fait d'être assuré. Mais alors se pose la question du champ de la neutralité sous plafond tant fiscale que sociale (article 83 quater du code général des impôts, article 242-1 du code de la sécurité sociale et 6^{ème} et 8^{ème} alinéas) que la direction de la sécurité sociale entend limiter aux contributions alimentant des prestations complétant les prestations de sécurité sociale, tandis que certaines lectures de l'article L. 242-1 permettent de soutenir qu'elle concerne les contributions qui alimentent les prestations complétant la sécurité sociale. C'est évidemment plus vaste et cela permet de viser l'inaptitude ou la dépendance, par exemple.

Enfin le double paritarisme – donc la négociation collective, le dialogue social - est vecteur, par le biais du concept d'institution, de création de personnes morales sui generis capables de porter des activités non lucratives touchant à la santé, à l'action sociale, à la réinsertion, etc. Le monde de la mutualité aussi, d'autant plus que les deux types de personnes de droit privé peuvent cohabiter.

